
OSSERVATORIO SULLE FONTI

PROCEDIMENTI PREGIUDIZIALI E APPLICAZIONE DI PARAMETRI COSTITUZIONALI ED EUROPEI A TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI

FRANCESCA MARTINES*

Sommario

1. La sentenza della Corte cost. n. 269 del 14 dicembre 2017 e la ridefinizione del ruolo dei giudici interni e della Corte costituzionale nella soluzione dei contrasti tra norme interne e parametri costituzionali europei e nazionali. – 2. L'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea agli atti degli Stati e la coincidenza dei parametri costituzionali europei e nazionali. – 3. La precedenza della pregiudizialità costituzionale rispetto al rinvio alla Corte di giustizia. – 4. Potenziali contrasti tra giudicati e ipotesi di soluzione. – 5. Conclusioni.

Abstract:

In its judgment n. 269 of 14th December 2017 the Italian Constitutional Court (ICC) redefined its relationship with Italian judges in cases of incompatibility between national legislation and constitutional provisions that are equivalent to those contained in the Charter of Fundamental Rights of the European Union (CFREU). According to the previous ICC case law, Italian judges have to set aside national legislation conflicting with EU law (after a reference for a preliminary ruling to the European Court of Justice, where necessary). The ICC has now established that when the national provision infringes both Constitutional and the CFREU provisions, any Italian Court has first to ask the ICC to declare the unconstitutionality of the Italian norm. It is clear that if the previous solution was maintained, the setting aside of a national norm conflicting with a provision of the CFREU equivalent to a constitutional provision would entail, de facto, a check of constitutionality of Italian statute by Italian judges, a check which is an exclusive competence of the ICC in the Italian legal order. This revirement of the ICC raises a number of questions; in particular this paper discusses the issue of the order of precedence between preliminary rulings and the consequences of different evaluations of the ICC and of the ECJ concerning provisions of the CFREU corresponding to Constitutional provisions.

Suggerimento di citazione

F. MARTINES, *Procedimenti pregiudiziali e applicazione di parametri costituzionali ed europei a tutela dei diritti fondamentali*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2018. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

* Professore associato di diritto internazionale nell'Università degli studi di Pisa.

Contatto francesca.martines@unipi.it

1. La sentenza della Corte cost. n. 269 del 14 dicembre 2017 e la ridefinizione del ruolo dei giudici interni e della Corte costituzionale nella soluzione dei contrasti tra norme interne e parametri costituzionali europei e nazionali.

La sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 14 dicembre 2017 ha ridefinito il ruolo dei giudici comuni e della Corte Costituzionale nei casi d'incompatibilità delle norme interne con parametri costituzionali coincidenti con quelli della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (CDFUE) ("doppia incostituzionalità"). Il giudice delle leggi ha escluso che il giudice ordinario possa procedere all'immediata disapplicazione della norma interna confliggente con quella della CDFUE, anche se dotata di effetto diretto. La Corte costituzionale ha, infatti, stabilito che, nel caso di "doppia incostituzionalità", il giudice comune debba sollevare prioritariamente la questione di costituzionalità con riferimento ai due parametri che la Corte si è riservata di valutare. L'intervento della Corte costituzionale sarebbe necessario perché lo strumento della non applicazione si tradurrebbe, di fatto, in un sindacato diffuso di costituzionalità, sottraendo al giudice delle leggi la valutazione della compatibilità delle norme interne con il parametro della Costituzione quando invece, nell'ordinamento italiano, il sindacato accentrato di costituzionalità si trova *a fondamento dell'architettura costituzionale*.

Quello che si può considerare un *revirement* della giurisprudenza della Corte costituzionale viene definito dalla Consulta una *precisazione* e confinato in un *obiter dictum*¹. Che in realtà si tratti di ben più di una puntualizzazione è confermato dalla pubblicazione di un numero già cospicuo di scritti a commento della sentenza².

¹ Si sofferma su questa scelta della Corte costituzionale, F.S. MARINI, *I diritti europei e i rapporti tra le Corti: le novità della sentenza n. 269 del 2017*, in *Federalismi.it*, disponibile all'indirizzo: www.federalismi.it, 4, 2018, 2. Sull'effetto vincolante della regola enunciata dalla Corte costituzionale si vedano i rilievi di A. SALVATO, *Quattro interrogativi preliminari al dibattito aperto dalla sentenza n. 269 del 2017*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, disponibile all'indirizzo: www.forumcostituzionale.it, 18 dicembre 2017, 1, e G. SCACCIA, *L'inversione della "doppia pregiudiziale" nella sentenza della Corte costituzionale n. 269/2017: presupposti teorici e problemi applicativi*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, disponibile all'indirizzo: www.forumcostituzionale.it, 25 gennaio 2018, 1.

² Oltre ai commenti citati alla nota 1, cfr. A. RUGGERI, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurocomunitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)*, in *Diritti comparati*, disponibile all'indirizzo: www.diritticomparati.it, 3, 2017, 230 ss.; C. CARUSO, *La Corte costituzionale riprende il "cammino comunitario": invito alla discussione sulla sentenza n. 269/2017*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, disponibile all'indirizzo: www.forumcostituzionale.it, 18 dicembre 2017; R. CONTI, *Qualche riflessione, a terza lettura, sulla sentenza n. 269/2017*, in *Diritti comparati*, disponibile all'indirizzo: www.diritticomparati.it, 1, 2018, 1; A. GUAZZAROTTI, *Un "atto interruttivo dell'usucapione" delle attribuzioni della Corte costituzionale? In margine alla sent. n. 269/2017*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, disponibile all'indirizzo:

La sentenza, infatti, influisce profondamente sul ruolo del giudice comune nell'assicurare il primato e l'effettività del diritto dell'Unione in un ambito delicato come quello dell'applicazione della CDFUE agli atti statali. La pronuncia solleva tuttavia, dubbi interpretativi che riguardano, in particolare, l'asserita coincidenza dei parametri alla luce dei quali valutare le norme interne, l'inversione dell'ordine di priorità delle questioni pregiudiziali e la compatibilità della soluzione prospettata con il sistema di rinvio pregiudiziale dell'Unione. Infine, come evidenziato da una recente ordinanza³ della Corte di Cassazione, il percorso indicato dalla Corte costituzionale ai giudici comuni può condurre a giudicati confliggenti della Corte di giustizia e della Consulta sulla valutazione delle norme nazionali in contrasto con i parametri costituzionali europei e nazionali apparentemente coincidenti.

La pronuncia della Corte costituzionale incide sull'assetto dei rapporti tra i due ordinamenti e va collocata nel più ampio contesto delle relazioni tra la Corte di giustizia e le Corti costituzionali degli Stati membri. Le questioni discusse non sono certo nuove ma evidentemente non hanno ancora trovato una soddisfacente sistemazione, come dimostra la giurisprudenza recente delle giurisdizioni supreme nazionali e della Corte di giustizia⁴. Quello che è definito il dialogo tra la Corte costituzionale italiana e il giudice di Lussemburgo, che sembrava aver raggiunto una soluzione ragionevole a conclusione della famosa vicenda Taricco⁵, rischia di tramutarsi in un nuovo teso confronto a seguito

www.forum costituzionale.it, 18 dicembre 2017, 1; D. TEGA, *La sentenza n. 269 del 2017 e il concorso dei rimedi giurisdizionali costituzionali ed europei*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, disponibile all'indirizzo: www.forumcostituzionale.it, 24 gennaio 2018, 1; L. S. ROSSI, *La sentenza 269/2017 della Corte costituzionale italiana: obiter "creativi" (o distruttivi) sul ruolo dei giudici italiani di fronte al diritto dell'Unione europea (31 gennaio 2018)*, in *Federalismi.it*, disponibile all'indirizzo: www.federalismi.it, 3, 2018, 1.

³ Ordinanza *Bolognesi* della Corte di Cassazione, gennaio 2018. Sulla questione ritorneremo più avanti.

⁴ Su alcune delle quali cfr. *infra* paragrafo 3.

⁵ La Corte costituzionale nell'ordinanza 24 del 2017 del 23 novembre 2016, aveva in sostanza preannunciato un ricorso ai contro limiti nell'ipotesi in cui la Corte di giustizia non avesse modificato la sua giurisprudenza contrastante con il principio di riserva di legge e di irretroattività della legge penale come interpretati nell'ordinamento italiano. C. cost., 23 novembre 2016, n. 24, in *Giur. Cost.*, 2017, 171 ss. I commenti all'ordinanza sono molto numerosi, cfr. tra gli altri, A. TANCREDI, *Of direct effect, primacy and constitutional identities: Rome and Luxembourg enmeshed in the Taricco case*, in *Questions of International Law, Zoom-in*, 2017, 1 ss.; C. AMALFITANO, *La vicenda Taricco nuovamente al vaglio della Corte di Giustizia, qualche riflessione a caldo*, in *Eurojus.it*, disponibile sul sito www.rivista.eurojus.it, 29 gennaio 2017; G. REPETTO, *Una ragionevole apologia della supremacy. In margine all'ordinanza della Corte costituzionale sul caso Taricco*, in *Diritti comparati*, disponibile all'indirizzo: www.diritticomparati.it, 20 febbraio 2017. R. MASTROIANNI, *Supremazia del diritto dell'Unione e controlimiti Costituzionali. Alcune riflessioni in margine al caso Taricco*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2016, 1 ss.; ID., *La sentenza Taricco torna davanti alla Corte di giustizia UE: come*

della sentenza qui commentata, soprattutto se letta in connessione con la contemporanea pronuncia nel caso *Global Starnet*⁶ della Corte di giustizia.

Le osservazioni che seguono si propongono di evidenziare le maggiori difficoltà interpretative poste dalla sentenza e alcune perplessità sul meccanismo individuato dalla stessa che si pone in linea di discontinuità rispetto alle soluzioni accolte da una giurisprudenza che si riteneva ormai consolidata. La sentenza si presta tuttavia a un'interpretazione che può evitare i punti di maggiore contrasto con la giurisprudenza della Corte di giustizia e, più in generale, con il diritto dell'Unione europea.

2. L'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea agli atti degli Stati e la coincidenza dei parametri costituzionali europei e nazionali.

Come si accennava sopra la *precisazione* della Corte costituzionale riguarda solamente l'ipotesi in cui la norma interna presenti profili d'incompatibilità sia con un diritto riconosciuto nella CDFUE sia con un diritto fondamentale tutelato nella Costituzione.

In primo luogo la Corte costituzionale giustifica la necessità della sua *precisazione* muovendo dalla constatazione che l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona ha conferito valore vincolante alla CDFUE, che è dotata di caratteri peculiari in ragione del suo contenuto d'impronta *tipicamente costituzionale*. Se su tale affermazione non si può che essere d'accordo, merita però precisare che anche prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona l'Unione europea era provvista di un sistema di tutela dei diritti fondamentali considerati parte integrante dei principi generali degli Stati membri⁷. Questi ultimi, aventi rango

decideranno i giudici europei? In *EuroJus.it*, disponibile sul sito www.rivista.eurojus.it, 10 aprile 2017; ID, *La sentenza "Taricco" di fronte alla Corte Costituzionale: come deciderà la Consulta*, in *Rivista dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, disponibile sul sito www.rivistaaic.it, 4/2016, 44 ss. La questione si è conclusa con la sentenza M.A.S., M.B., causa C-42/17 del 5 dicembre 2017 (Taricco II). G. VITALE, *L'attesa sentenza "Taricco bis". Brevi riflessioni*, in *European Papers*, disponibile sul sito: <http://europeanpapers.eu/it>, 8 gennaio 2018, 1 ss. P. MORI, *Taricco II o del primato della Carta dei diritti fondamentali e delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, Oss. eur., dicembre 2017, 17 ss. Tutte le sentenze citate in questo scritto sono consultabili sul sito della Corte di giustizia, www.curia.europa.eu.

⁶ *Global Starnet*, Causa C-322/16, sentenza del 20 dicembre 2017.

⁷ La protezione dei diritti fondamentali nell'ordinamento dell'Unione si è inizialmente posta, come noto, con l'elaborazione da parte della Corte di giustizia di una giurisprudenza i cui riferimenti principali sono: *Internationale Handelsgesellschaft*, Causa C-11/70, sentenza del 17 dicembre 1970; *Nold*, C-4/73, sentenza del 14 maggio 1974; *Hauer*, Causa C-44/79, sentenza del 13 dicembre 1979. La letteratura sul punto è sterminata. Per tutti si vedano gli scritti di J.H.H. WEILER, N. LOCKHART, *Taking rights seriously* seriously: *The European Court and its Fundamental Rights Jurisprudence – Part I*, in *Common Market Law Review*, 1995, 73; M. CARTABIA, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali - il cammino della giurisprudenza costituzionale italiana dopo l'entrata in vigore del*

di diritto primario, costituivano (e costituiscono ora assieme alla CDFUE) il parametro di legittimità degli atti delle istituzioni. La Corte di Giustizia ha in seguito esteso la portata applicativa dei principi generali anche alle normative interne degli Stati membri. Questo avviene però solamente in due casi⁸: a) quando gli atti degli Stati sono stati adottati per dare attuazione⁹ al diritto dell'Unione (*Wachauf*); b) quando gli Stati richiamano cause di giustificazione previste dal diritto dell'Unione per mantenere misure altrimenti vietate (*ERT*¹⁰).

Nel caso sub a) gli Stati agiscono come organi decentrati dell'Unione¹¹. Pertanto, come le istituzioni europee devono tutelare i diritti fondamentali, lo stesso obbligo si impone agli Stati quando legiferano per dare applicazione

Trattato di Lisbona. Per alcuni casi recenti in cui la Corte ha invalidato norme europee perché in violazione dei diritti fondamentali, cfr. *Volker and Schecke*, Causa C-92/09, sentenza del 9 novembre 2010; *Test-Achats*, Causa C-236/09, sentenza del 1 marzo 2011; *Digital Rights Ireland*, Cause riunite C-293/12 e C-594/12, sentenza dell'8 aprile 2014.

⁸ La CDFUE non si può considerare un altro *bill of rights* europeo alla stregua della Convenzione Europea dei Diritti dell'uomo (CEDU). La codificazione, nell'articolo 51.1, dei limiti di applicazione della Carta (sviluppati nella giurisprudenza della Corte di giustizia sopra richiamata) è stata voluta proprio per evitare che essa diventasse lo standard federale. Per una posizione favorevole all'estensione dell'applicazione della CDFUE, si veda ad esempio S. PLATON, *The Delvigne judgment and the European franchise: going boldly... but perhaps not boldly enough*, in *VerfBlog*, disponibile sul sito <http://verfassungsblog.de>, 24 febbraio 2015; E. SPAVENTA, *The interpretation of Article 51 of the EU Charter of Fundamental Rights: the dilemma of stricter or broader application of the Charter to national measures*, Study commissioned by the PETI Committee European Parliament, PE 556.930, 2016, scaricabile dal sito <http://www.europarl.europa.eu/supporting-analyses>. L'A. ritiene che Corte dovrebbe essere più coraggiosa nell'applicare la Carta soprattutto nei casi in cui i diritti in essa tutelati non siano garantiti dagli ordinamenti nazionali. Alcuni segni di un utilizzo espansivo della Carta si possono individuare nella giurisprudenza interna. Con riferimento a quella italiana, cfr. A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in *Rivista dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, disponibile sul sito www.rivistaaic.it, 4, 2017, 1. Dei limiti di applicazione della CDFUE la Corte costituzionale è ovviamente consapevole. Si veda, ad esempio, C. cost., 7 marzo 2011, n. 80, in *Giur. Cost.*, 2011, 1224 ss.

⁹ *Wachauf*, Causa C-5/88, sentenza del 13 luglio 1989. Si vedano su queste sentenze le osservazioni di F.G. JACOBS, *Wachauf and the Protection of Fundamental Rights in EC Law*, in MIGUEL MADURO, LOIC AZOULAI (eds.) *The Past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Hart Publishing, Oxford, 2010, 131 ss.; D. CHALMERS, *Looking back at ERT and its Contribution to an EU Fundamental Rights Agenda*, in IBIDEM, 140 ss.; Z. KUHN, *Wachauf and ERT: On the Road from the Centralised to the Decentralised System of Judicial Review.*, IBIDEM, 151 ss.; P.C. VILLALON, "All the guidance", *ERT and Wachauf*, IBIDEM, 162 ss.

¹⁰ *ERT*, Causa C-260/89, sentenza del 18 giugno 1991. Nel caso si trattava di misure incompatibili con la prestazione di servizi e lo stabilimento. Si veda, per un ulteriore esempio, *Familiapress*, Causa C-368/95, sentenza del 26 giugno 1997. La Carta viene applicata come parametro per gli atti interni di deroga anche in ipotesi diverse rispetto a quelle relative alla libera circolazione. Cfr. *Parlamento c. Consiglio*, Causa C-540/03, sentenza del 27 giugno 2006, e *Chakrun*, Causa C-578/08, sentenza del 4 marzo 2010.

¹¹ Quella che WEILER definisce una *agent-type situation*, cfr. J.H.H. WEILER, N. LOCKHART, "Taking rights seriously", cit., 73 ss.

negli ordinamenti interni alle norme dell'Unione. Gli Stati assicurano in questo modo effettività e uniformità¹² al diritto europeo. Nel caso sub b) la logica dell'estensione della CDFUE (e dei principi generali) agli atti degli Stati è forse meno evidente. Infatti, il richiamo alle cause di deroga sembrerebbe ricondurre la misura nazionale a un'area esclusivamente riservata agli Stati. La Corte di giustizia ha però ritenuto che uno Stato può venir meno agli obblighi dell'Unione solo se la misura risponde a tutti i requisiti posti da quell'ordinamento. Quindi, non solo la ragione addotta dallo Stato deve essere compresa tra le cause di deroga previste dall'ordinamento europeo, ma deve dimostrarsi necessaria e proporzionata, ed essere, appunto, anche conforme ai diritti fondamentali dell'Unione europea.

La giurisprudenza sopra richiamata è stata codificata nell'articolo 51.1¹³, come confermato dalle Spiegazioni¹⁴ del *Praesidium* e dalla stessa Corte di giustizia¹⁵. Anche le disposizioni della CDFUE si applicano, pertanto, alle normative statali solo nelle ipotesi di attuazione e deroga¹⁶.

L'individuazione dei casi in cui i diritti fondamentali dell'Unione possono costituire parametro di legittimità degli atti normativi statali presenta non poche difficoltà all'interprete. Si tratta di un accertamento che può rivelarsi in

¹² Si vedano le osservazioni dell'Avvocato Generale MISCHO in un caso relativo all'attuazione di due direttive da parte del Regno Unito. *La direttiva fa, in certo qual modo, irruzione nell'ordinamento giuridico interno, per diventare una norma di riferimento alla quale devono conformarsi i provvedimenti di trasposizione. Ma essa non fa irruzione da sola, è accompagnata dalle norme alle quali essa stessa deve conformarsi, fra le quali figurano, in modo quanto mai evidente, i principi generali del diritto comunitario. Conclusioni del 20 settembre 2001, Booker Aquacultur Ltd and Hydro Seafood GSP Ltd., Cause riunite C-20/00, C-64/00, (para 57 e 58).*

¹³ Cfr P. ECKHOUT, *The Eu Charter of Fundamental Rights and the Federal Question*, in *Comm.mar.law rev.*, 2002, 945 ss.; A. ROSAS, H. KAILA, *L'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne par la Cour de justice – un premier bilan*, in *Dir.Un.eur.*, 2011, 1 ss.; E. SPAVENTA, *The interpretation of Article 51 of the EU Charter of Fundamental Rights: the dilemma of stricter or broader application of the Charter to national measures*, cit. A. TIZZANO, *L'application de la Charte de droits fondamentaux dans les Etats membres à la lumière de l'article 51, paragraphe 1*, in *Dir.Un.eur.*, 2014, 430 ss.

¹⁴ Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in GUUE del 14 dicembre 2007, C 303.

¹⁵ sentenza *Fransson*, Causa C-617/10, sentenza del 26 febbraio 2013.

¹⁶ Vi sarebbe un altro caso in cui la Carta si applica alle normative statali. La Corte è competente a statuire sulle domande di pronuncia pregiudiziale vertenti su disposizioni di diritto dell'Unione in situazioni in cui i fatti del procedimento principale si collocano al di fuori dell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, ma in cui il diritto nazionale rinvii al contenuto di tali disposizioni del diritto dell'Unione per determinare le norme da applicare ad una situazione puramente interna allo Stato membro interessato. Cfr. *Romeo*, Causa C-C-313/12, sentenza del 7 novembre 2010; *Cicala*, Causa C-482/10, sentenza del 21 dicembre 2011, para 17; *Nolan*, Causa C-583/10, sentenza del 18 ottobre 2012, para 45.

alcuni casi incerto o opinabile che ha dato origine a molti rinvii pregiudiziali¹⁷ ma che il giudice comune dovrà svolgere senza l'ausilio interpretativo della Corte di giustizia, essendogli precluso, secondo le indicazioni che traiamo dalla sentenza qui in commento, di operare il rinvio pregiudiziale¹⁸ prima di attivare la pregiudizialità costituzionale.

Un'altra difficoltà per il giudice comune può derivare dal fatto che il parametro della CDFUE non si applica da solo ma in connessione con altre norme del diritto dell'Unione (direttiva, regolamento, o diritto primario) che *concretizzano*¹⁹ il contenuto del diritto fondamentale. Quest'ultimo, in altri termini, non potrebbe essere applicato prescindendo da un esame del contesto normativo europeo, analisi che, in caso di dubbi del giudice interno, viene di regola svolta dalla Corte di giustizia nel quadro del rinvio pregiudiziale.

Il presupposto di attivazione della competenza prioritaria della Corte costituzionale è la sovrapponibilità dei parametri della CDFUE e della Costituzione. Secondo le parole della Corte *I principi e i diritti enunciati nella Carta intersecano in larga misura i principi e i diritti garantiti dalla Costituzione italiana (e dalle altre Costituzioni nazionali degli Stati membri)*. Da questa constatazione discende la possibilità che *la violazione di un diritto della persona infranga, ad un tempo, sia le garanzie presidiate dalla Costituzione italiana, sia quelle codificate dalla Carta dei diritti dell'Unione*.

Innanzitutto la determinazione della coincidenza richiede, di nuovo, un'interpretazione del diritto europeo che può risultare estremamente complessa, se consideriamo che nell'individuare il parametro di tutela dei diritti fondamentali europei il giudice dovrebbe considerare la Carta ma non dovrebbe escludere dalla sua ricognizione i principi generali. Si deve inoltre considerare che la sovrapponibilità dei parametri è un assunto tutto da dimostrare. In altri termini, non è detto che le disposizioni contenute nella

¹⁷ La nozione di attuazione del diritto dell'Unione è piuttosto controversa, come dimostra una ormai ricca giurisprudenza europea. *Ex multis*: N. S. c. *Secretary of State for the Home Department*, Cause riunite C-411/10 e C-493/10, sentenza del 21 dicembre 2011; sentenza *Fransson*, Causa C-617/10, cit.; *Lorrai*, Causa C-224/13, ordinanza del 7 novembre 2013; *Delvigne*, Causa C-650/13, sentenza del 6 ottobre 2015; *Siragusa*, Causa C-206/13, sentenza del 6 marzo 2015. Sulla questione, oltre ai commenti citati *supra* sull'articolo 51 della CDFUE, cfr. A. ADINOLFI, *La rilevanza della Carta dei diritti fondamentali nella giurisprudenza interna: qualche riflessione per un tentativo di ricostruzione sistematica*, in *Studi sull'integrazione europea*, 1, 2018, 29 s.

¹⁸ Come vedremo, la Corte costituzionale potrebbe ovviamente lei stessa sollevare la questione pregiudiziale. C. cost., 3 luglio 2013, ord. n. 207, in *Giur. Cost.*, 2013, 2885 ss.

¹⁹ [A] *directive and a general principle are combined to produce effects, the former being considered a mere "concretization" of the latter*. S. ROBIN-OLIVIER, *The evolution of direct effect in the EU: Stocktaking, problems, projections*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2014, pp. 165 ss. *Kucukdeveci*, causa C-555/07, sentenza del 19 gennaio 2010; *Kamberaj*, causa C-571/10, sentenza del 24 aprile 2012.

CDFUE coincidano effettivamente con quelle poste a tutela dei diritti fondamentali della Costituzione. Norme analoghe nei contenuti non si possono automaticamente considerare “ripetizioni” le une delle altre²⁰. Le stesse disposizioni sono, infatti, oggetto di interpretazione ad opera di Corti che operano in ordinamenti distinti²¹ e che possono giungere a risultati anche confliggenti.

Il caso *Cordero Alonso*, peraltro deciso prima dell’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, ci fornisce un esempio molto chiaro di questa situazione.

Si trattava di stabilire se le istituzioni amministrative e giudiziarie spagnole, nell’applicare le norme di diritto interno di attuazione di una direttiva, fossero vincolate al rispetto del principio dell’uguaglianza dinanzi alla legge e dal divieto di discriminazione risultante dal diritto comunitario. L’interpretazione che la Corte di giustizia dava di quei principi (comunitari) non coincideva con quella della Corte costituzionale spagnola sull’analogo diritto fondamentale riconosciuto dalla Costituzione spagnola. La risposta del giudice europeo²² è stata inequivocabile: *Tenuto conto del fatto che il principio generale di uguaglianza e di non discriminazione è un principio del diritto comunitario, gli Stati membri sono vincolati da tale principio quale interpretato dalla Corte. Ciò vale altresì quando la normativa nazionale di cui trattasi, secondo la giurisprudenza costituzionale dello Stato membro interessato, è conforme a un diritto fondamentale analogo riconosciuto dall’ordinamento giuridico nazionale* (sottolineatura aggiunta).

Nella sentenza n. 269 la Corte costituzionale porta come esempio di diritti che si *intersecano* il principio di legalità dei reati e delle pene²³. Per l’ordinamento europeo, la disapplicazione della norma interna italiana per contrasto con quella europea, che avrebbe allungato i tempi di prescrizione dei reati per frode, non comportava una violazione dei diritti fondamentali; mentre di diverso avviso erano i giudici nazionali a causa della qualificazione che l’ordinamento italiano accoglie delle norme sulla prescrizione (diritto sostanziale penale e non procedurale).

La circostanza che lo stesso diritto fondamentale sia riconosciuto in due (o più) ordinamenti come avviene per il principio di legalità (e, nel caso *Cordero*

²⁰ L’AG MADURO, Conclusioni nel caso *Arcelor*, Causa C-127/07, 21 maggio 2008, para 16.

²¹ O. SCARCELLO, *Conflicts by Convergence and Deep Disagreements in European Constitutional Law*, in *Perspectives on Federalism*, disponibile sul sito: <http://www.on-federalism.eu>, 2017, 68 ss.

²² *Cordero Alonso*, C-81/05, sentenza del 7 settembre 2006, para 41.

²³ La Corte costituzionale cita espressamente la sentenza *M.A.S. M.B.*, causa C-42/17, sentenza del 5 dicembre 2017 (Taricco II). La violazione del principio di legalità nell’ordinamento italiano sarebbe stata causata dalla disapplicazione di una norma interna ritenuta incompatibile con il diritto dell’Unione; tale disapplicazione avrebbe comportato, infatti, il disconoscimento della prescrizione e quindi la lesione del principio di legalità.

Alonso, per il divieto di discriminazione) non significa che la violazione di quel diritto in un ordinamento sia considerata violazione dello stesso diritto in uno diverso.

Se vi è un'identità formale, ma non sostanziale, di disposizioni, o si arriva ad una interpretazione coerente e condivisa del principio che possa trovare applicazione nei due sistemi oppure si porrà un contrasto²⁴. In questo caso, la Corte di giustizia invocherebbe il primato del diritto dell'Unione (che non può essere subordinato nemmeno a norme di rango costituzionale nazionale), la Consulta la teoria dei contro-limiti.

3. La precedenza della pregiudizialità costituzionale rispetto al rinvio alla Corte di giustizia

Come si è visto sopra, la Corte costituzionale nella sentenza n. 269 vieta al giudice di procedere all'immediata disapplicazione di norme interne che sono incompatibili allo stesso tempo con parametri contenuti nella CDFUE e nella Costituzione. In questo caso il giudice comune deve sollevare questione di legittimità costituzionale *fatto salvo, il ricorso, al rinvio pregiudiziale per le questioni di interpretazione o di invalidità del diritto dell'Unione, ai sensi dell'art. 267 del TFUE*.

Il problema che pone il sopra riportato passaggio della sentenza è se la Corte costituzionale abbia effettivamente stabilito la priorità dell'incidente di

²⁴ Per evitare i conflitti, la Corte si è spesso mostrata disponibile a tener conto delle sensibilità costituzionali degli Stati. Ad esempio, nei casi in cui gli Stati invocano motivi di deroga ad obblighi posti dal diritto dell'Unione, ha lasciato ai giudici del rinvio decidere in merito al bilanciamento, sia in termini di valutazione della proporzionalità della misura che con specifico riferimento ai diritti fondamentali. Si veda, ad esempio, il caso *Familiapress*, cit. Il caso *Omega* è anche assai significativo a riguardo: la Corte ha qualificato la dignità umana come principio generale di diritto comunitario e nella fase applicativa della misura ha riconosciuto alla Germania di poter invocare l'ordine pubblico (una deroga prevista dal Trattato CE, il cui contenuto corrispondeva, appunto, alla tutela della dignità umana determinandone le modalità di tutela secondo la sua concezione di dignità umana (non necessariamente condivisa dagli altri Stati). Come acutamente osservato da B. GUASTAFERRO, la Corte di giustizia non ha riconosciuto il primato dei diritti fondamentali (della Germania) sulle norme sulla libera circolazione. La dignità umana è stata collegata ad una deroga espressamente prevista dal diritto dell'Unione. In altri termini, *Should these principles not be coupled with 'public policy' as an express derogation allowed by EU law itself, they would have been dismissed as an attempt by Member States to rely on national constitutional law to justify the failure to comply with their obligations arising under EU law*. B. GUASTAFERRO, *Beyond the Exceptionalism of Constitutional Conflicts: The Ordinary Functions of the Identity Clause*, in *Yearbook of European Law*, 2012, 263 ss. Nel caso *Taricco II*, il principio di legalità è ricostruito alla luce dell'articolo 49 della CDFUE e delle tradizioni costituzionali degli Stati, ma la Corte di giustizia ha valorizzato il ruolo interpretativo che il giudice nazionale è chiamato a svolgere. Spetta, infatti, a quest'ultimo (in questo caso la Corte costituzionale come giudice del rinvio) verificare se l'obbligo di disapplicare le disposizioni interne incompatibili con l'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE possa essere disatteso, riscontrata l'incertezza del regime normativo e l'applicazione retroattiva *in malam partem*.

costituzionalità sulla pregiudizialità dell'Unione oppure ammetta che il giudice comune possa comunque attivare prima il rinvio alla Corte di giustizia.

Chi scrive ritiene che il giudice delle leggi abbia definito la questione, “rovesciando” l'ordine delle questioni di pregiudizialità precedentemente stabilito²⁵. Si ritiene, infatti, che il meccanismo della disapplicazione sia strettamente connesso con lo strumento del rinvio pregiudiziale e che l'esclusione dell'uno comporti l'esclusione dell'altro. La Corte costituzionale, avocando a sé il giudizio di compatibilità della norma interna apparentemente confliggente con il parametro costituzionale europeo e nazionale, ha escluso la disapplicazione ad opera del giudice e quindi il rinvio pregiudiziale precedente quello di costituzionalità.

In altri termini, ritenere che, a fronte di un accentramento del controllo di costituzionalità vi sia spazio per il giudice *a quo* di operare il rinvio pregiudiziale, prima dell'attivazione dell'incidente di costituzionalità, non appare coerente con il ragionamento che svolge la Corte costituzionale e con la ragione sottesa (per quanto non argomentata in maniera convincente) alla *precisazione*. La soluzione prospettata dalla Corte costituzionale non può coesistere con il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia il cui oggetto non

²⁵ Il problema della doppia pregiudizialità *comunitaria* e costituzionale si pone quando la norma interna solleva, oltre a profili d'incompatibilità con il diritto UE anche profili di legittimità costituzionale. Si distingue in dottrina tra doppia pregiudizialità *in senso stretto o apparente* quando il dubbio sulla compatibilità della norma interna con il diritto dell'Unione si riflette anche sulla Costituzione (*ex art. 11, 117 Cost.*). Si parla di doppia pregiudizialità *allargata* quando il dubbio verte sia sulla compatibilità della norma interna con il diritto dell'Unione che con i parametri costituzionali diversi da quelli degli articoli 11 e 117. Per le diverse ipotesi in cui si può presentare il problema della doppia pregiudiziale cfr. M. LOSANA, *La Corte costituzionale e il rinvio pregiudiziale nei giudizi in via incidentale: il diritto costituzionale (processuale) si piega al dialogo tra le Corti*, in *Rivista dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, disponibile sul sito: <http://www.rivistaaic.it>, 1, 2014, 1; R. ROMBOLI, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo*, in *Rivista dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, disponibile sul sito: <http://www.rivistaaic.it>, 3, 2014, 1. La questione di compatibilità comunitaria costituiva per la Corte costituzionale un *prius* logico e giuridico rispetto al rinvio incidentale di costituzionalità, in quanto la prima investiva la stessa applicabilità della norma censurata e pertanto determinava la rilevanza della questione. C. cost., n. 170/ 1984, 1098 ss.; C. cost., 4 luglio 2007, n. 284, in *Giur. Cost.*, 2007, 2780 ss. Quindi la Corte costituzionale aveva – con questa giurisprudenza – influito sul sistema comunitario del rinvio pregiudiziale. Infatti, questo si fonda, come noto, sulla distinzione tra giudici di ultima istanza, ovvero quelli avverso le cui decisioni possa proporsi un *ricorso* giurisdizionale di diritto interno, che sono tenuti ad operare rinvio e le giurisdizioni non di ultima istanza che hanno la facoltà di attivare tale procedimento. Nel momento in cui la Corte di giustizia imponeva ai giudici di merito (anche di non ultima istanza) di chiarire i dubbi interpretativi relativi alle norme dell'Unione, vincolava anche le giurisdizioni nazionali di non ultima istanza ad operare rinvio alla Corte di giustizia. Cfr. M. CARTABIA, *Considerazioni sulla posizione del giudice costituzionale di fronte a casi di 'doppia pregiudizialità' comunitaria e costituzionale*, in *Foro It*, 1997, IV, p. 222 ss

potrebbe, dati i presupposti da cui muove la Corte costituzionale, che riguardare le questioni attinenti al parametro della CDFUE.

Un rinvio pregiudiziale che preceda l'incidente di costituzionalità contrasterebbe, non solo con la coerenza logica del ragionamento della Corte, ma anche con il principio dell'economia dei giudizi. Se il giudice attivasse il rinvio pregiudiziale e la Corte di giustizia ritenesse la norma interna incompatibile con la CDFUE, sarebbe comunque necessario che il primo proponesse la questione di illegittimità costituzionale (non potendo, appunto, agire con lo strumento della disapplicazione). Se la Corte di giustizia non ravvisasse contrasto, il giudice dovrebbe comunque rivolgersi alla Corte costituzionale per un giudizio sulla compatibilità della norma interna con i diritti costituzionalmente protetti.

Quale significato può avere allora il richiamo al rinvio pregiudiziale da parte della Corte costituzionale?

Vi è chi ha sostenuto la possibilità di intendere quel passaggio come il riconoscimento della libertà del giudice di operare il rinvio alla Corte di giustizia prima di sollevare questione di costituzionalità²⁶. Questa interpretazione sarebbe eventualmente sostenibile solo se il rinvio pregiudiziale riguardasse questioni ermeneutiche diverse rispetto a quelle oggetto del rinvio di costituzionalità. Il giudice sarebbe comunque obbligato a sollevare in seguito anche la questione di "doppia incostituzionalità".

In alternativa, l'affermazione della Corte si potrebbe interpretare come riferita ad un rinvio attivato dalla stessa Corte costituzionale. Si tratta di una soluzione non solo auspicabile ma anche perfettamente coerente con la volontà della Consulta, espressa in altra parte della sentenza, di cooperare con il giudice di Lussemburgo.

Ciò detto, ci si deve chiedere se l'inversione dell'ordine delle pregiudizialità sia compatibile con il diritto dell'Unione. La Corte di giustizia si è pronunciata in merito al rapporto tra rinvii incidentali con riferimento all'ordine temporale di attivazione degli stessi. Essa ha riconosciuto che il giudice interno possa attivare prioritariamente procedure di costituzionalità a condizione che non gli sia precluso di interpellare il giudice dell'Unione in qualunque fase del procedimento e di fare quanto necessario per disapplicare le disposizioni legislative nazionali collidenti con il diritto dell'Unione.

Il caso *Melki*²⁷, che illustra questa posizione della Corte di giustizia, origina dalla revisione costituzionale francese sul rinvio prioritario di costituzionalità

²⁶ Sul punto cfr. A. RUGGERI, *Ancora in tema di congiunte violazioni della Costituzione e del diritto dell'Unione, dal punto di vista della Corte di giustizia (Prima Sez., 20 dicembre 2017, Global Starnet)*, in *Rivista di diritti comparati*, disponibile all'indirizzo: www.diritticomparati.it, 1, 2018, 1, considera probabile un'ulteriore precisazione da parte della Corte costituzionale.

²⁷ *Melki e Abdeli*, Cause riunite C-188/10 e C-189/10, sentenza del 22 giugno 2010.

che, secondo la lettura che ne faceva la Cassazione francese (giudice del rinvio) avrebbe comportato la valutazione da parte del *Conseil Constitutionnel* della conformità della legge in causa con il diritto dell'Unione. Sarebbe quindi stato impedito al giudice comune di procedere con l'immediata disapplicazione di una legge che egli avesse considerato contraria al diritto dell'Unione. Viceversa, se il giudice avesse operato prioritariamente rinvio alla Corte di giustizia, avrebbe violato la norma che stabilisce il meccanismo prioritario di costituzionalità. Inoltre, se il *Conseil constitutionnel* avesse ritenuto la legge conforme al diritto dell'Unione, il giudice comune non avrebbe potuto, in un secondo momento, sottoporre una questione pregiudiziale alla Corte di giustizia perché la decisione pronunciata dal *Conseil constitutionnel* è vincolante per tutti gli organi giurisdizionali francesi. In realtà il *Conseil constitutionnel* aveva specificato, prima che la Corte di giustizia rendesse il suo giudizio nel caso *Melki*, che rientrava nell'ambito di sua competenza solo il controllo di costituzionalità, mentre quello di convenzionalità (e quindi il giudizio sulla compatibilità anche con le norme dell'Unione) era lasciato alle altre giurisdizioni nazionali (amministrative e giudiziarie). Pertanto, se la legge interna avesse superato il vaglio di costituzionalità, il giudice competente avrebbe potuto operare rinvio pregiudiziale e disapplicare la legge interna per contrasto con il diritto dell'Unione.

La Corte ribadisce, in linea con la giurisprudenza precedente sul rinvio pregiudiziale, che al fine di garantire il primato del diritto dell'Unione, il funzionamento del sistema di cooperazione *esige che il giudice nazionale sia libero, in ogni fase del procedimento che reputi appropriata, ed anche al termine di un procedimento incidentale di legittimità costituzionale, di sottoporre alla Corte di giustizia qualsiasi questione pregiudiziale che ritenga necessaria oltre che adottare qualsiasi misura necessaria per garantire la tutela giurisdizionale provvisoria dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione, e disapplicare, al termine di un siffatto procedimento incidentale, la disposizione legislativa nazionale in questione ove la ritengano contraria al diritto dell'Unione.* (para 51) (sottolineatura aggiunta).

La priorità sembra quindi ammessa ma non dovuta, nel senso che non è incompatibile con il diritto dell'Unione solo se l'ordinamento nazionale istituisce un ordine di tipo temporale senza vietare al giudice di operare rinvio. Quest'ultimo può quindi essere ritardato ma non inficiato nei suoi elementi essenziali.

Il riferimento della Corte di giustizia a *qualsiasi questione* oggetto del rinvio, sembra una risposta indiretta alla preoccupazione della Cassazione francese: anche se il giudice costituzionale si fosse pronunciato sulla questione di compatibilità con il diritto dell'Unione, questo non avrebbe impedito al

giudice *a quo* di sottoporre alla Corte di giustizia la stessa questione, una volta valutata la necessità di ottenere un chiarimento.

Il secondo caso che merita richiamare è *A contro B e altri*²⁸. Origine del rinvio è la giurisprudenza della Corte costituzionale austriaca (*Verfassungsgerichtshof*) che ha esteso il controllo di costituzionalità delle leggi nazionali a quelle disposizioni della CDFUE che sono simili, per quanto attiene alla lettera e all'obiettivo, alle norme della Costituzione austriaca.

Il *Verfassungsgerichtshof* ha sostanzialmente costituzionalizzato la Carta dei diritti fondamentali²⁹, ponendola sullo stesso piano delle norme della CEDU (che in quell'ordinamento hanno rango costituzionale). Ne consegue che *i giudici austriaci non possono disapplicare di propria iniziativa una legge contraria alla Carta, ma sono tenuti a presentare al Verfassungsgerichtshof una domanda di annullamento erga omnes di detta legge, ferma restando la possibilità di adire la Corte in via pregiudiziale*. Il *Verfassungsgerichtshof* afferma anche – ed è il punto più problematico – che quando un diritto garantito dalla Costituzione e uno fondato sulla Carta hanno lo stesso ambito di applicazione, non sussiste alcun obbligo di rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte ai sensi dell'articolo 267 TFUE.

Quindi, secondo questa lettura, il giudice austriaco dovrebbe porre alla Corte costituzionale una questione di legittimità costituzionale vertente sul parametro interno corrispondente a quello contenuto nella CDFUE, e potrebbe poi, eventualmente, operare un rinvio alla Corte di giustizia su questioni di interpretazione relative a parametri diversi rispetto a quelli su cui si è pronunciata la Corte costituzionale. Si vede bene come questa conclusione sia simile a quella adottata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 269³⁰.

La posizione della Corte austriaca è stata contestata in un rinvio pregiudiziale presentato dall'*Oberster Gerichtshof* e discusso nella causa *A contro B e altri*³¹. La Corte di giustizia ha confermato³² la giurisprudenza *Melki*.

²⁸ *A contro B e altri*, causa C-112/13, sentenza dell'11 settembre 2014. Si vedano i commenti, tra gli altri, di L. RAIMONDI, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea tra controllo accentrato di legittimità costituzionale e disapplicazione: la Corte di giustizia dialoga con il Tribunale costituzionale austriaco*, in *Diritto civile contemporaneo*, disponibile sul sito <http://dirittocivilecontemporaneo.com>, 2014, n. 2. R. MASTROIANNI, *La Corte di giustizia ed il controllo di costituzionalità: Simmenthal revisited?*, in *Giur. Cost.*, 2014, 4089; G. MARTINICO, *Il caso A. c. B. e il suo impatto sul rapporto fra Corti: un diritto per tre giudici*, in *Quad. cost.*, 2014, 950 ss.

²⁹ L'AG nella causa *A contro B* ha sottolineato che la disapplicazione da parte del giudice interno della norma nazionale incompatibile con la Carta è una soluzione che assicura una maggiore tutela ai ricorrenti di del rinvio alla Corte costituzionale.

³⁰ La posizione della Corte costituzionale austriaca è espressamente richiamata dalla Corte costituzionale nella sentenza *C. cost. n. 269/2017*.

³¹ *A contro B e altri*, cit.

³² Cfr. *Melki*, cit.

Un giudice nazionale investito di una controversia concernente il diritto dell'Unione, il quale consideri che una norma nazionale non solo sia contraria al diritto dell'Unione, ma sia anche inficiata da vizi di incostituzionalità, non è privato della facoltà né dispensato dall'obbligo, di cui all'articolo 267 TFUE, di sottoporre alla Corte di giustizia questioni relative all'interpretazione o alla validità del diritto dell'Unione per il solo fatto che la constatazione dell'incostituzionalità di una norma di diritto interno sia soggetta a ricorso obbligatorio dinanzi alla Corte costituzionale.

Quindi, tornando alla sentenza n. 269, la domanda se la soluzione indicata dalla Corte costituzionale sia compatibile con il diritto dell'Unione non può che ricevere una risposta negativa se la priorità della pregiudiziale di costituzionalità osta alla piena libertà del giudice comune di rivolgersi alla Corte di giustizia in qualsiasi momento³³. Il giudice interno può pertanto posticipare il rinvio pregiudiziale a quello di costituzionalità (anche se questo pone alcuni problemi, come si vedrà) ma è escluso, dal diritto dell'Unione, che debba necessariamente procedere in tal senso.

Infine, si deve considerare che l'inversione della doppia pregiudizialità, con la conseguente valutazione della norma interna ad opera della Corte costituzionale³⁴, rischia di porsi in contrasto con il divieto, per il giudice interno, di operare un controllo di validità sulle norme dell'Unione europea³⁵. Questo potrebbe accadere nel caso in cui³⁶ la normativa interna recepisca disposizioni imperative di una direttiva dell'Unione. Il controllo di legittimità costituzionale sulla legislazione nazionale, vertendo sugli stessi motivi che mettono in discussione la validità della direttiva, si tradurrebbe in un giudizio di validità di quest'atto. Per evitare che alla Corte di giustizia sia sottratta la valutazione di validità della direttiva, la Corte costituzionale dovrebbe quindi sollevare prioritariamente la questione di validità.

4. Potenziali contrasti tra giudicati e ipotesi di soluzione

Se, come abbiamo visto, l'incidente di costituzionalità deve precedere il rinvio, si pone il problema di come la Corte costituzionale proceda nel valutare la norma interna alla luce dei parametri della CDFUE e della Costituzione. Da quanto affermato dalla stessa Corte nella sentenza n. 269 essa *giudicherà alla luce dei parametri interni ed eventualmente di quelli europei (ex artt. 11 e 117 Cost.)*, secondo l'ordine di volta in volta appropriato, anche al fine di assicurare

³³ Pertanto, le affermazioni perentorie della sentenza *Simmenthal*, C-106/77, cit., sono state in parte attenuate nella giurisprudenza più recente.

³⁴ Cfr. sul punto *infra*, paragrafo 3.

³⁵ La Corte di giustizia ha, come noto, esclusiva competenza ad esprimersi sulla invalidità delle norme dell'Unione. *Foto Frost*, Causa C-314/85, sentenza del 22 ottobre 1987.

³⁶ *Melki*, cit., para 54; *A contro B e altri*, cit., para 41.

che i diritti garantiti dalla citata Carta dei diritti siano interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali, pure richiamate dall'art. 6 del Trattato sull'Unione europea e dall'art. 52, comma 4, della CDFUE come fonti rilevanti in tale ambito.

Sembra di comprendere, quindi, che la valutazione verterà prioritariamente sul parametro costituzionale, com'è logico che sia. Se la Corte costituzionale decidesse di valutare la norma interna anche alla luce del parametro della CDFUE, dovrebbe necessariamente operare il rinvio pregiudiziale a meno che non decida di invocare la *teoria dell'atto chiaro*³⁷. Il rinvio sarebbe comunque auspicabile, in quanto permetterebbe alla Corte di rappresentare alla Corte di giustizia la sua interpretazione del parametro interno che ritiene corrispondente a quello europeo, esponendo le sue valutazioni, identificando gli interessi generali o altri diritti concorrenti con cui operare il bilanciamento.

Quello che la Corte costituzionale non può fare è, in caso di dubbio, interpretare autonomamente le disposizioni della CDFUE e le eventuali altre norme di diritto europeo rilevanti. Per questo motivo, il riferimento da parte della Corte costituzionale alle tradizioni costituzionali solleva più di una perplessità.

Ricordiamo che nell'ordinamento dell'Unione le tradizioni costituzionali sono fonti di riferimento per l'elaborazione da parte della Corte di giustizia del contenuto dei principi³⁸ codificati nella CDFUE e sono fonti che dovrebbero

³⁷ Secondo la Corte di giustizia, le giurisdizioni nazionali non sono tenute a deferire la questione pregiudiziale quando una questione è identica ad una già risolta dalla Corte di giustizia (ed esse intendano ovviamente conformarsi a questa) oppure quando vi sia giurisprudenza consolidata sul punto di diritto litigioso anche in mancanza di stretta identità tra materie. Se pur non oltre alle ipotesi. Inoltre, le giurisdizioni di ultima istanza non sono tenute a sollevare questione se la "corretta applicazione del diritto comunitario si imponga "contale evidenza da non lasciar adito ad alcun ragionevole dubbio sulla soluzione da dare alla questione sollevata". *Cilfit*, Causa C-283/81, sentenza del 6 ottobre 1982, para. 16. La Corte individua degli elementi che il giudice deve considerare prima di arrivare ad una tale conclusione. Nella sentenza *Ferreira da Silva* però la Corte ha per la prima volta ritenuto che il mancato rinvio del giudice di ultima istanza configurasse la violazione dell'obbligo posto dall'articolo 267 in quanto in presenza di decisioni contraddittorie emesse da altri giudici nazionali il *Supremo Tribunal de Justiça* non poteva richiamarsi alla teoria dell'atto chiaro. *Ferreira da Silva* C-160/14, sentenza del 9 settembre 2015.

³⁸ Secondo una giurisprudenza risalente della Corte di giustizia codificata nell'articolo 6 TUE, oltre alle Costituzioni degli Stati anche i trattati internazionali sui diritti fondamentali di cui gli Stati membri sono parti contraenti (in particolare, anche se non esclusivamente, la Convenzione europea dei diritti umani, CEDU) sono fonti di riferimento per l'individuazione dei principi. Il richiamo a CEDU (così come ad altri trattati internazionali) rifletterebbe *the collectively shared commitments of all Member States*". Così P. CRAIG, G. DE BÚRCA, *EU Law: Texts, Cases and Materials*, Oxford 2008, p. 386 ss. La Corte di giustizia, come noto, nella ricostruzione dei diritti fondamentali come principi comuni agli ordinamenti degli Stati è stata molto cauta nell'applicare una metodologia comparata, e spesso si è limitata a considerare un numero ristretto di Costituzioni. Ricordiamo però che non necessariamente un principio è generale se riconosciuto negli ordinamenti di tutti gli Stati membri. In casi in cui la portata e i criteri di applicazione del principio si differenziavano, ha comunque

orientare l'esercizio interpretativo³⁹ della Corte di giustizia quando è chiamata ad applicare le disposizioni della CDFUE. L'articolo 52.4 della CDFUE stabilisce, infatti, che *Laddove la presente Carta riconosca i diritti fondamentali quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, tali diritti sono interpretati in armonia con dette tradizioni*. L'articolo 52.4 sembra esprimere un'ovvietà: se la CDFUE codifica principi che sono stati elaborati con riferimento alle costituzioni nazionali questi diritti dovranno essere interpretati in armonia con esse. In realtà la *comunitarizzazione* dei parametri nazionali li trasforma nel canone interpretativo dell'Unione⁴⁰. L'interpretazione armonica della Carta con le tradizioni costituzionali degli Stati membri spetta, quindi, alla Corte di giustizia⁴¹. Si può auspicare che il giudice di Lussemburgo prenda in considerazione queste tradizioni e che, allo stesso tempo, la CDFUE continui ad essere utilizzata come ausilio interpretativo per costruire il parametro di legittimità costituzionale⁴². In questo modo si potrebbe realizzare una *cross-fertilization* tra sistemi di tutela⁴³.

valorizzato la presenza di criteri comuni. Cfr. AM & S, causa C-155/79, sentenza dell'18 maggio 1982. Si vedano anche le osservazioni dell'AG in *Hautala*, Causa C-353/99, Conclusioni presentate il 10 luglio 2001. *il riconoscimento di un principio generale del diritto comunitario può essere disgiunto dalla constatazione preliminare nell'esistenza tanto di norme costituzionali comuni agli Stati membri quanto di norme prescritte dai trattati internazionali a cui questi ultimi hanno cooperato o aderito. E' sufficiente che gli Stati membri abbiano, nei confronti del diritto in questione, un approccio comune che testimoni lo stesso intento di garantire la sua tutela, quand'anche il grado di tale tutela e le sue modalità di esercizio fossero diversamente concepiti a seconda degli Stati*.

³⁹ Ad esempio, la Corte costituzionale austriaca aveva chiesto alla Corte di giustizia *if a comparative legal study of the constitutions of the Member States revealed that they provided a more extensive protection than that of the Charter of Fundamental Rights, such fact may well be relevant and compel Union courts to interpret the said guarantee as laid down in the Charter of Fundamental Rights in such a way that the fundamental rights standard of the Charter will in no case be lower than that afforded by the constitutions of the Member States*, Constitutional Court G 47/12-11 G 59/12-10 G 62,70,71/12-11, 28 November 2012 www.verfassungsgesichtshof.at, para 5.2; E. KOSTA, *The Way to Luxemburg: National Court Decisions on the Compatibility of the Data Retention Directive with the Rights to Privacy and Data Protection*, in *Journal of Law, Technology & Society*, 2013.

⁴⁰ Non si può pretendere che l'ordinamento europeo si conformi alle norme di tutela dei diritti fondamentali accolti negli ordinamenti nazionali cfr. E. CANNIZZARO, *Sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali e controlimiti costituzionali*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, disponibile all'indirizzo www.forumcostituzionale.it, 23 ottobre 2016.

⁴¹ I. CAMERON, *Competing Rights?* In S. DE VRIES, U. BERNITZ, S. WEATHERILL, *The Protection of Fundamental Rights in Europe after Lisbon*, Hart Publishing, Oxford, 2013, 181 ss.

⁴² Si vedano ad esempio le sentenze della Corte costituzionale, C. Cost., 25 giugno 2008, n. 251, in *Giur.Cost.*, 2008, 2931 ss.; C. Cost., 8 marzo 2010, n.93, in *Giur.Cost.*, 2010, 1053 ss.

⁴³ Si veda, per un esempio, il cambiamento di giurisprudenza della Corte di giustizia (*Roquette*, causa C-228/92, sentenza del 26 aprile 1994) relativo alla limitazione degli effetti nel tempo del giudizio di invalidità degli atti a seguito di una sentenza in cui la Corte costituzionale aveva considerato tale limitazione come possibile violazione dell'articolo 24 cost. e come causa possibile di attivazione dei contro limiti; nel caso la Corte costituzionale non aveva ritenuto di opporre i contro limiti perchè la giurisprudenza comunitaria non era ancora consolidata. Sentenza *Fragd*, C. Cost., 21 aprile 1989,

Detto questo, se l'inversione della doppia pregiudizialità vieta al giudice di operare il rinvio alla Corte di giustizia prima che la Corte costituzionale si sia pronunciata, è possibile, invece, che il giudice europeo sia interpellato successivamente. La Corte costituzionale, nella sentenza n. 269 ha stabilito che il giudice ordinario potrebbe disapplicare la disposizione legislativa italiana, uscita indenne dal giudizio di costituzionalità, solo nel caso in cui *per altri profili*, la ritenga incompatibile con il diritto dell'Unione. Ovviamente il giudice comune potrebbe, prima di disapplicare la norma interna, sollevare questione d'interpretazione alla Corte di giustizia. E' evidente che il funzionamento del rinvio pregiudiziale sarebbe compromesso se le giurisdizioni comuni si potessero rivolgere alla Corte di giustizia per chiederle di pronunciarsi solo su profili d'incompatibilità diversi rispetto a quelli oggetto del precedente rinvio incidentale di costituzionalità. Come si è visto sopra, la Corte di giustizia ha stabilito chiaramente la libertà del giudice di porre alla Corte qualsiasi questione pregiudiziale necessaria alla soluzione della controversia.

Il problema è stato prospettato dal Consiglio di Stato italiano che ha chiesto alla Corte di giustizia nel caso *Global Starnet*⁴⁴ del 20 dicembre 2017 se fosse tenuto ad attivare la questione pregiudiziale nel caso in cui la Corte costituzionale avesse (come nel caso) previamente valutato la legittimità costituzionale della disciplina nazionale (non rinvenendo contrasto), utilizzando parametri analoghi a quelli oggetto del rinvio pregiudiziale anche se formalmente diversi: disposizioni costituzionali in un caso, diritto primario dell'Unione in un altro.

Nella sentenza *Global Starnet* la Corte di giustizia ha affermato che il giudice nazionale le cui decisioni non sono impugnabili con un ricorso giurisdizionale è tenuto, in linea di principio, a procedere al rinvio pregiudiziale di una questione di interpretazione del diritto dell'Unione anche nel caso in cui, nell'ambito del medesimo procedimento nazionale, la Corte costituzionale dello Stato membro di cui trattasi abbia valutato la costituzionalità delle norme nazionali alla luce delle norme di riferimento aventi un contenuto analogo a quello delle norme del diritto dell'Unione.

n. 232, in *Giur. Cost.*, 1989, 1001 ss. Cfr. M. CARTABIA, *Considerazioni sulla posizione del giudice costituzionale di fronte a casi di 'doppia pregiudizialità' comunitaria e costituzionale*, cit., 222.

⁴⁴ Causa C-322/16, cit. Il caso riguarda un'ipotesi di applicazione della Carta riconducibile alla situazione *ERT*. La norma interna sull'organizzazione dei giochi e delle scommesse, in violazione delle norme dell'Unione sul diritto di stabilimento, era giustificata dall'Italia con riferimento a principi imperativi. La misura doveva essere valutata anche alla luce del principio della certezza del diritto e dell'aspettativa legittima, principi comuni al diritto UE e al diritto italiano. A. RUGGERI, *Ancora in tema di congiunte violazioni della Costituzione e del diritto dell'Unione, dal punto di vista della Corte di giustizia*, 1.), cit.

Queste conclusioni sembrano contrastare⁴⁵ con quanto sostenuto dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 269. In realtà potrebbe non essere così. Infatti, dobbiamo considerare che la sentenza *Global Starnet* è stata emanata dalla Corte di giustizia in concomitanza temporale con la sentenza n.269 ma su di una domanda pregiudiziale del Consiglio di Stato che si colloca in un contesto precedente la *precisazione* fatta dalla Consulta nella pronuncia qui in commento.

La Corte costituzionale, nel giudizio cui si riferisce il Consiglio di Stato, aveva valutato la norma italiana (sui giochi e le scommesse) alla luce esclusivamente del principio costituzionale, escludendo di poter attivare il rinvio alla Corte di giustizia, proprio perché non era stata investita di una questione di costituzionalità riguardante la violazione dei diritti fondamentali dell'Unione come norme interposte⁴⁶.

La sentenza n. 269 stabilisce che il giudice comune è invece tenuto a sollevare la questione di costituzionalità con riferimento ad ambedue i parametri su cui la Corte costituzionale dovrebbe pronunciarsi. Se la norma interna superasse il vaglio di legittimità con riferimento ai parametri costituzionali, la Consulta dovrebbe operare la verifica con riferimento anche al parametro della CDFUE. In questo caso, come abbiamo detto sopra, salvo che la norma non fosse ritenuta *acte claire* o *éclairé*, la Corte costituzionale sarebbe tenuta a deferire la questione d'interpretazione alla Corte di giustizia. Se la norma fosse compatibile anche con questo parametro, il giudice sarebbe tenuto ad applicarla a meno di non nutrire dubbi in merito a profili di compatibilità della norma interna diversi (*altri profili*) da quelli già valutati dalla Corte costituzionale e dalla Corte di giustizia. Il giudice potrebbe disapplicarla o, eventualmente, operare un rinvio alla Corte di giustizia.

Questa interpretazione della sentenza n. 269 avrebbe il vantaggio di conciliare le posizioni delle due Corti, e sarebbe rispettosa sia del meccanismo di rinvio pregiudiziale sia della competenza interpretativa della Corte di giustizia sulla CDFUE.

Ad ogni modo, consideriamo anche l'ipotesi in cui la Corte costituzionale si pronunci sulla costituzionalità della norma con riferimento solo al parametro

⁴⁵ Non rileva contrasto invece D. TEGA, *La sentenza n. 269 del 2017 e il concorso dei rimedi giurisdizionali costituzionali ed europei*, cit.

⁴⁶ Sul punto cfr. i rilievi critici di A. RUGGERI, *Passo falso della Consulta in tema di rinvio pregiudiziale da parte dello stesso giudice costituzionale (nota minima a Cort. Cost. 56 del 2015)*, in *Consulta on line*, disponibile sul sito: www.giurcost.org, 2015, 1, 281 ss.. Si vedano anche le osservazioni di R. CONTI, *Qualche riflessione a terza lettura*, cit., 8. Si noti anche che la Corte costituzionale collegava, correttamente, la valutazione del parametro della CDFUE al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia.

costituzionale. Il giudice *a quo* potrebbe (secondo quanto stabilito nella sentenza *Global Starnet*) in un momento successivo operare rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia sulla compatibilità della norma interna con l'analogo parametro della CDFUE. Questo creerebbe evidentemente un problema nel caso di eventuali decisioni contraddittorie della Corte costituzionale, interpellata per prima, e della Corte di giustizia sentita in seconda battuta⁴⁷.

Tale eventualità è stata prospettata in una recente ordinanza della Corte di Cassazione. Quest'ultima⁴⁸ ha posto una questione di costituzionalità dubitando del contrasto tra l'obbligo (ex articolo 187 quinquiesdecies T.U.F.) di cooperare all'esercizio delle funzioni di vigilanza della CONSOB anche in capo al soggetto al quale, nell'esercizio di dette funzioni di vigilanza, la stessa CONSOB ascrive illeciti amministrativi relativi all'abuso di informazioni privilegiate, con - *inter alia*⁴⁹ - l'articolo 47 della CDFUE.

Considerando che il presupposto di attivazione della CDFUE è in questo caso evidentemente soddisfatto, dato che le norme interne che regolano la vicenda sono state adottate in attuazione di direttive comunitarie⁵⁰, secondo la giurisprudenza anteriore alla sentenza n. 269, in presenza di un dubbio relativo all'interpretazione della Carta, la Cassazione avrebbe dovuto operare rinvio

⁴⁷ Non è questo il caso nella controversia oggetto del rinvio del Consiglio di Stato. La normativa sul gioco d'azzardo aveva superato il vaglio di costituzionalità (con riferimento al principio del legittimo affidamento). La Corte di giustizia in *Global Starnet* ha offerto indicazioni al giudice del rinvio dalle quali emerge chiaramente che anch'essa ritiene compatibile la legislazione italiana con il principio del legittimo affidamento tutelato nell'ordinamento dell'Unione, *Global Starnet*, C-322/16, cit., paragrafi 49 e ss.

⁴⁸ A. RUGGERI, *Una prima, cauta ed interlocutoria risposta della Cassazione a Corte cost. n. 269/2017 (a prima lettura di Cass., II sez. civ., 16 febbraio 2018, n. 3831, Bolognesi c. Consob)*, in *Consultaonline*, disponibile sul sito: www.giurcost.org, 28 febbraio 2018.

⁴⁹ L'incompatibilità riguardava alcune norme della costituzione, oltre all'articolo 117 con riferimento al parametro interposto costituito dall'articolo 6 della CEDU e da disposizioni del Patto internazionale sui diritti civili e politici.

⁵⁰ L'obbligo di collaborazione con l'autorità di vigilanza è fissato espressamente nella direttiva 2003/6/CE che prevede che gli Stati membri fissino le sanzioni da applicare per l'omessa collaborazione alle indagini. In questo caso il bilanciamento avviene tra, da un lato, le esigenze di tutela del diritto fondamentale di non incriminazione (diritto di difesa) e la necessità di dotare le autorità di vigilanza di strumenti e poteri idonei a garantire l'efficacia della loro azione. Il Tribunale dell'Unione si era già pronunciato sulla questione in un caso che riguardava obblighi di collaborazione con la Commissione nell'ambito della vigilanza delle regole di concorrenza e aveva stabilito che *Il riconoscimento di un diritto al silenzio assoluto, invocato dalla ricorrente, andrebbe infatti oltre quanto necessario per preservare i diritti della difesa» e che «Il fatto di essere obbligati a rispondere ai quesiti di mero fatto posti dalla Commissione e di soddisfare le richieste della stessa di produzione di documenti preesistenti non è idoneo a costituire una violazione del principio del rispetto dei diritti della difesa o del diritto a un processo equo*. Aggiungeva il Tribunale che questo avrebbe costituito un ostacolo ingiustificato allo svolgimento, da parte della Commissione, del compito di vigilanza sul rispetto delle regole di concorrenza nel mercato comune che le è attribuito dall'art. 89 del TFUE.

pregiudiziale di interpretazione alla Corte di giustizia sull'articolo 47 e sulla direttiva di cui la disciplina interna (TUF) costituisce recepimento. Nel caso in cui la Corte di giustizia avesse ritenuto l'articolo 47⁵¹ di ostacolo all'applicazione dell'articolo 187 quinquiesdecies T.U.F, il giudice avrebbe disapplicato la norma interna.

In caso di non rilevato contrasto con il parametro europeo, la Cassazione avrebbe potuto sollevare questione di incostituzionalità in relazione a parametri costituzionali.

Come si è visto, la sentenza n. 269 impone ora al giudice in un caso come questo, in cui il parametro europeo coincide con quello costituzionale, di non disapplicare la norma interna (e quindi di non operare rinvio alla Corte di giustizia) ma di porre questione di legittimità alla Corte costituzionale⁵², come ha puntualmente fatto la Corte di Cassazione. Quest'ultima però ha anche chiesto al giudice delle leggi di chiarire la posizione del giudice comune nel caso in cui la Corte costituzionale negasse il contrasto tra la norma interna e il parametro costituzionale ed eventualmente quello della Carta, presupponendo, in quest'ultimo caso, che la Corte costituzionale abbia interpretato il parametro della CDFUE senza aver attivato rinvio pregiudiziale⁵³.

In attesa della risposta della Consulta, che si auspica possa chiarire i dubbi che riguardano l'interpretazione di alcuni passaggi della sentenza n. 269, possiamo svolgere alcune considerazioni.

⁵¹ Sulla questione dell'effetto diretto dell'articolo 47 CDFUE cfr. i rilievi di D. TEGA, *Il seguito in Cassazione della pronuncia della Corte costituzionale n. 269 del 2017: prove pratiche di applicazione*, in *Questione Giustizia*, disponibile sul sito: <http://questionegiustizia.it/>, 12 marzo 2018.

⁵² Nella prospettiva delineata dalla sentenza C. cost. n. 269/2017 il Collegio ritiene quindi di risolvere la segnalata doppia pregiudizialità privilegiando, in prima battuta, l'incidente di costituzionalità e di sottoporre al vaglio della Corte costituzionale anche la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 187 quinquiesdecies T.U.F. - nella parte in cui detto articolo sanziona la condotta consistente nel non ottemperare tempestivamente alle richieste della CONSOB o nel ritardare l'esercizio delle sue funzioni anche nei confronti di colui al quale la medesima CONSOB, nell'esercizio delle sue funzioni di vigilanza, contesta un abuso di informazioni privilegiate - con riferimento agli articoli 11 e 117 Cost., in relazione all'articolo 47 CDFUE.

⁵³ Nell'ordinanza, infatti, si legge: *qualora la disposizione sospettata di illegittimità costituzionale superasse il vaglio della Corte costituzionale – la Corte di cassazione dovrebbe misurarsi con il dovere, sulla stessa gravante ai sensi del terzo comma dell'articolo 267 TFUE, di attivare il rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE (ove già non attivato dalla stessa Corte costituzionale nel giudizio incidentale) e di dare al diritto dell'Unione un'applicazione conforme alla decisione conseguentemente adottata dalla Corte di Giustizia*. E' chiaro che se la Corte costituzionale avesse operato il rinvio, la sentenza della Consulta, che tiene obbligatoriamente conto della pronuncia del giudice di Lussemburgo, avrebbe chiuso, in un senso o nell'altro definitivamente la questione.

Innanzitutto, se la Corte costituzionale si pronunciasse solo sul parametro della Costituzione⁵⁴, e se la norma superasse il vaglio di legittimità costituzionale, il giudice comune dovrebbe (se di ultima istanza come in questo caso) sollevare questione di legittimità con riferimento al parametro della Carta. Nel caso in cui la Corte di giustizia ritenesse incompatibile la norma interna con quella dell'Unione per violazione della CDFUE, il giudice interno non potrebbe che disapplicare la prima, essendo vincolato dalla sentenza del giudice europeo.

Nel caso in cui la Corte costituzionale si pronunciasse sul parametro della CDFUE, senza sollevare rinvio, la Corte di Cassazione si troverebbe in una situazione più difficile.

Potrebbe non sollevare rinvio pregiudiziale solo se non avesse alcun dubbio su come interpretare la disposizione della Carta. Potrebbe, in altri termini, invocare, anch'essa⁵⁵, la teoria dell'atto chiaro. Se così non fosse, potrebbe proporre la questione alla Corte di giustizia, ritenendo errata la decisione della Corte costituzionale⁵⁶. Ricordiamo che la Corte di giustizia ha riconosciuto⁵⁷ che le valutazioni del giudice costituzionale non ostano alla facoltà di rinvio del giudice comune. Ha altresì specificato che il giudice deve essere libero di sottoporre alla Corte le questioni costituenti per esso motivo di perplessità, che lo stesso è vincolato dall'interpretazione della Corte di giustizia e che *deve eventualmente discostarsi dalle valutazioni dell'organo giurisdizionale di grado superiore qualora ritenga, alla luce di detta interpretazione, che queste ultime non siano conformi al diritto dell'Unione*⁵⁸. Come ha sostenuto l'Avvocato Generale

⁵⁴ La Corte costituzionale, come si è argomentato sopra, in realtà dovrebbe pronunciarsi su tutti e due i parametri.

⁵⁵ Come la Corte costituzionale, che non avrebbe operato il rinvio invocando la stessa teoria.

⁵⁶ Per un commento sull'ipotesi di dichiarazione di incostituzionalità, per cui la partita sarebbe "chiusa", A. RUGGERI, *Una prima, cauta ed interlocutoria risposta della Cassazione a Corte cost. n. 269/2017 (a prima lettura di Cass., II sez. civ., 16 febbraio 2018, n. 3831, Bolognesi c. Consob)* (28 febbraio 2018), cit.

⁵⁷ *Križan*, Causa C-416/10, sentenza del 15 gennaio 2013. La Corte costituzionale aveva ritenuto che la sospensione ad opera della Corte suprema slovacca di un permesso di costruzione motivata dall'assenza di una valutazione d'impatto prevista dal diritto dell'Unione violasse il diritto di proprietà e aveva di conseguenza annullato il provvedimento di sospensione e rinviato gli atti alla stessa Corte suprema. Quest'ultima, ritenendo che le valutazioni compiute dalla Corte costituzionale la inducessero ad emettere una sentenza che riteneva contraria al diritto dell'Unione aveva sottoposto alla Corte di giustizia anche la questione relativa alla sua facoltà, in questa circostanza, di operare rinvio.

⁵⁸ Nel più risalente caso *Rheinmühlen* si era posta la questione se il vincolo per il giudice inferiore al rispetto delle sentenze della Corte superiore impedisse al primo di sollevare questione pregiudiziale sul punto già deciso dalla Corte superiore. La risposta è stata negativa. In *Elchinov* la Corte di giustizia ha confermato che un giudice non di ultima istanza, non è vincolato, anche in contrapposizione con quanto stabilito dal diritto nazionale di procedura, da valutazioni formulate dall'organo

nelle sue conclusioni nel caso *Rheinmühlen*, nessuna giurisdizione nazionale, per quanto alto sia il suo grado, può arrogarsi la competenza di dire l'ultima parola su una questione di tale natura. D'altra parte, nell'ottica della Corte di giustizia, non si tratterebbe di far venir meno la gerarchia tra Corti ma di evitare che la facoltà di operare il rinvio pregiudiziale possa essere filtrata da disposizioni interne.

Si può quindi concludere che in presenza di presunte incompatibilità con i due parametri costituzionali, il giudice delle leggi deve valutare la norma interna alla luce di ambedue, con l'ausilio della Corte di giustizia, tranne che nel caso in cui la norma appaia chiara o vi sia stata giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia. Si eviterebbe così sia l'attivazione successiva di un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia da parte del giudice comune (con un allungamento dei tempi processuali poco tollerabile) sia un (potenziale) contrasto tra pronunce o, prospettiva ancora più delicata, un contrasto tra Corti interne.

5. Conclusioni

La recente sentenza 269 del 14 dicembre 2017 della Corte costituzionale italiana, che ridefinisce i rapporti tra giudici nazionali e Corte costituzionale in casi di presunta incompatibilità tra norme interne e parametri costituzionali corrispondenti a norme della CDFUE, si colloca in un momento storico in cui

giurisdizionale di grado superiore qualora esso ritenga, alla luce dell'interpretazione che il primo ha richiesto alla Corte, che dette valutazioni non siano conformi al diritto dell'Unione. Il giudice deve essere libero, se ritiene che la valutazione in diritto formulata dall'istanza superiore possa condurlo ad emettere un giudizio contrario al diritto dell'Unione, di sottoporre alla Corte le questioni con cui deve confrontarsi. Anche in quel caso si trattava di una pronuncia di una Corte superiore (ovvero del *Bundesfinanzhof*) che, il giudice (*Finanzgericht*) cui erano Stati rimessi gli atti per una nuova decisione (dopo che la prima era stata annullata), riteneva non conformi al diritto comunitario. L'ordinanza di rinvio pregiudiziale de *Finanzgericht* era stata impugnata davanti al *Bundesfinanzhof* che a sua volta aveva sollevato rinvio pregiudiziale. *Elchinov*, Causa C-173/09, sentenza del 5 ottobre 2010. La Corte Suprema bulgara aveva respinto l'appello di una Corte inferiore e aveva rimesso la questione ad una diversa camera della stessa corte. Quest'ultima aveva ritenuto che le valutazioni della Corte suprema non fossero compatibili con il diritto dell'Unione e in sostanza aveva chiesto l'autorizzazione alla Corte di giustizia di ignorare le decisioni della Corte superiore. Questo percorso giurisprudenziale conosce un'ulteriore precisazione nel caso *Interedil*. Qui si afferma che il giudice non di ultima istanza è obbligato a disconoscere le valutazioni del giudice superiore quando le ritiene incompatibili con il diritto dell'Unione secondo quanto risulta da una *precedente* interpretazione della Corte di giustizia. *Interedil*, Causa C-396/09, sentenza del 20 ottobre 2011. La giurisprudenza sopra citata trova ulteriore conferma nella più recente sentenza della Corte giustizia, 24 maggio 2016, causa C-353/15, *Leonmobile srl*. In questo caso il giudice del rinvio che in attesa della decisione del giudice superiore aveva sospeso il procedimento, si trovava a dubitare della correttezza delle valutazioni formulate dalla Cassazione sull'articolo 3 del regolamento n. 1346/2000. Ritenendo che la valutazione in diritto effettuata dal giudice superiore potessero portarlo ad adottare una sentenza contraria al diritto dell'Unione ha sollevato rinvio alla Corte che ha ritenuto - conformemente alla pregressa giurisprudenza - la domanda ricevibile.

il sistema di tutela dei diritti fondamentali nell'Unione europea sembra aver raggiunto il suo livello di garanzia più alto.

In realtà la questione che pone questa sentenza non è se i diritti fondamentali sono sufficientemente tutelati, ma chi ne è il garante ultimo.

Infatti, il presupposto da cui muove il giudice delle leggi nella sentenza n. 269 è che la CDFUE e la Carta costituzionale contengano diritti che si intersecano. Pertanto, nelle ipotesi di applicazione della Carta, se il giudice interno dubita della conformità della normativa nazionale ai parametri interni e a quelli dell'Unione, deve rivolgersi prioritariamente alla Corte costituzionale che garantirebbe il controllo di costituzionalità con effetti *erga omnes*.

Come si è visto, la sentenza della Corte costituzionale è considerata un *revirement* della giurisprudenza precedente, in cui l'incompatibilità delle norme interne con quelle dell'Unione dotate di effetto diretto si doveva risolvere con l'immediata disapplicazione della norma interna. Il rinvio pregiudiziale, con cui il giudice di Lussemburgo avrebbe chiarito eventuali dubbi del giudice comune, era quindi prioritario rispetto al rinvio alla Corte costituzionale.

La diversa soluzione prospettata dalla Corte riguarda, come si è visto, solo l'ipotesi di un'incompatibilità *sui generis*, ovvero quella del contrasto tra norme interne, di attuazione o deroga alle normative dell'Unione, con le disposizioni della CDFUE avente contenuto analogo a quelle costituzionali.

La questione è comunque delicata e la soluzione indicata dalla Corte costituzionale solleva diverse perplessità. Le ipotesi di applicazione della CDFUE non sono di facile determinazione, soprattutto quando si deve stabilire se una legislazione interna si possa considerare attuativa di una norma dell'Unione. La soluzione prospettata dalla Corte costituzionale solleva inoltre dubbi sulla correttezza del presupposto, ovvero se effettivamente le disposizioni della CDFUE e le norme costituzionali che tutelano gli stessi diritti si possano veramente considerare parametri analoghi. In realtà, disposizioni che sono identiche o molto simili nella formulazione non necessariamente sono interpretate allo stesso modo, dato che sono inserite in ordinamenti in cui operano bilanciamenti diversi. Perplessità solleva, poi, la rivendicazione di competenza della Corte costituzionale a interpretare la CDFUE secondo il canone delle tradizioni costituzionali, competenza che pare riservata solo alla Corte di giustizia.

L'obbligo per il giudice interno di non procedere alla disapplicazione delle norme interne contrastanti con quelle della Carta ma di interpellare prioritariamente la Consulta, comporta una precedenza della pregiudiziale di costituzionalità che si pone in contrasto con un principio consolidato nell'ordinamento europeo che è quello della libertà del giudice interno di operare rinvio pregiudiziale. Se è vero che la Corte di giustizia ha ammesso che

l'ordine temporale dei rinvii incidentali possa essere capovolto a favore di quello di costituzionalità, il divieto per il giudice di operare rinvio pregiudiziale, appare difficilmente compatibile con il diritto dell'Unione. Infine, seri dubbi si pongono in merito ai limiti che la sentenza n. 269 sembra porre anche all'attivazione del rinvio pregiudiziale successivo a quello di costituzionalità. Il quadro è reso poi ulteriormente complesso dalla possibilità che la Corte costituzionale e la Corte di giustizia operino valutazioni difformi sui due parametri. Il rischio è quello che si vengano a ricreare tensioni tra queste giurisdizioni.

Tuttavia, se pure in attesa di auspicabili futuri chiarimenti, è possibile prospettare un'interpretazione della sentenza n. 269 conforme al diritto dell'Unione. Questa interpretazione ruota attorno alla valorizzazione del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia da parte della Corte costituzionale. La cooperazione, prospettata dalla stessa Corte costituzionale, potrebbe non solo risolvere alcune delle questioni sopra richiamate, ma soprattutto smentire l'impressione che la *precisazione* contenuta nella sentenza n. 269 esprima in larga misura la preoccupazione della Corte costituzionale di essere esclusa o marginalizzata dal circuito di tutela dei diritti fondamentali. Il rinvio pregiudiziale è, in definitiva, lo strumento che meglio assicura la cooperazione costruttiva tra le Corti, e la considerazione dei rispettivi ruoli: la Consulta quello di legittimo garante dei diritti fondamentali e la Corte di giustizia quello di interprete del diritto UE. E' evidentemente interesse di entrambe le giurisdizioni assicurare la tutela, più ampia possibile, dei diritti fondamentali nell'ordinamento nazionale e in quello dell'Unione.